

LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES: ELEMENTOS PARA UN DEBATE

Andrea Garrido Juncal*

Resumen

Los cambios acometidos en la normativa autonómica aplicable a los servicios sociales y la tramitación de una nueva Ley de contratos del sector público han provocado que los debates que se entablan en torno a este servicio público se hayan ampliado. A la controversia que existe todavía sobre los efectos de la catalogación de las prestaciones de servicios sociales como derecho subjetivo, hay que añadir ahora las discusiones que suscita, por ejemplo, el régimen jurídico al que debe ajustarse la celebración de los conciertos sociales. La incorporación de cláusulas de arraigo territorial con el objetivo loable de atender a las necesidades de las personas desde la proximidad suscita no pocas dudas desde el punto de vista de la libre competencia.

Palabras claves: concierto social; entidades de iniciativa social; servicios sociales; libre competencia; Tercer Sector Social.

NEW FORMS OF SOCIAL SERVICES MANAGEMENT: INGREDIENTS FOR A DEBATE

Abstract

Changes to Spanish Autonomous Community law applicable to social services and the processing of a new Law on public procurement have led to a widening of the debate around this public service. To the still-existing controversy regarding the effects of classifying the provision of social services as a subjective right, one must now add the discussions stemming from, for example, the legal regime into which social care partnerships must fit. The incorporation of clauses on territorial roots, stemming from the praiseworthy intention of meeting people's needs locally, gives rise to more than a few doubts with regard to free competition.

Key words: social care partnerships; social enterprise organisations; social services; free competition; community sector; social sector; third sector.

* Andrea Garrido Juncal, profesora contratada interina de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Derecho, avda. Dr. Ángel Echeverri, s/n, Campus Vida, 15782 Santiago de Compostela. andrea.garrido@usc.es.

Artículo recibido el 11.07.2017. Evaluación ciega: 25.07.2017 y 01.08.2017. Fecha de aceptación de la versión final: 26.09.2017.

Citación recomendada: GARRIDO JUNCAL, Andrea. «Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55 (diciembre 2017), pp. 84-100, DOI: [10.2436/rcdp.i55.2017.3007](https://doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3007).

Sumario

- 1 Introducción
- 2 Fundamentos para una nueva regulación de las formas de prestación de los servicios sociales
- 3 Aspectos controvertidos del régimen jurídico del concierto social a la luz del principio no discriminación
- 4 La última reacción de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ante la configuración de la proximidad de las empresas licitadoras como criterio de valoración de las proposiciones contractuales
- 5 Reflexiones finales
- 6 Bibliografía

1 Introducción

Con el ánimo de asegurar la mejor atención posible a las necesidades de las personas usuarias de servicios sociales y de garantizar la participación de la iniciativa privada reconociendo el papel trascendental de las entidades de iniciativa social, entendemos que el estudio de las relaciones entre el sector público y el sector privado cobra una especial importancia. En línea con lo anterior, es preciso resaltar que varias Comunidades Autónomas han optado por acometer modificaciones parciales de las leyes aplicables a este servicio público con el objetivo de contemplar el concierto social como un nuevo modo de organización de la gestión de los servicios sociales. Así las cosas, resulta llamativo comprobar cómo mientras esta institución va adquiriendo un mayor protagonismo en la legislación autonómica sectorial, todo apunta a que se prescindirá de ella en la futura norma estatal de contratación pública.

Una de las principales novedades que se han introducido en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, afecta a la regulación del contrato de la concesión. Desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos, a los que se hace referencia en el art. 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Surge en su lugar la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras. En lo que respecta a los contratos de servicios y de concesión de servicios, para la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, el criterio delimitador es quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios.¹

En las próximas páginas no se pretende explicar cómo los poderes públicos se abastecerán de servicios cuando entre en vigor el nuevo marco regulador de la contratación pública, pues ya comienzan a publicarse minuciosos estudios sobre esta temática. Sin embargo, sólo podemos añadir que estamos de acuerdo con quienes afirman que no estamos ante la revisión del modelo de compra pública que necesitaba España.² En particular, creemos que es necesario recalcar que el Derecho de la Unión Europea reconoce las singularidades tanto de los servicios sociales como de las organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro y, a partir de ese dato, acepta la construcción de un régimen particular de contratación. Sin embargo, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público muestra una despreocupación total hacia este servicio público y estas entidades, lo que ha causado que todos los grupos parlamentarios hayan presentado enmiendas con la intención de cambiar este hecho.

El presente trabajo se estructurará en tres partes. En la primera, haremos referencia a la gran disparidad de formas de gestión de los servicios sociales y, en especial, a la irrupción del concierto social como nuevo modelo de colaboración con el sector privado. Como consecuencia de la falta de un régimen jurídico uniforme de aplicación a esta materia, surgen muchas incertidumbres cuyos orígenes posiblemente residen en saber cuál es el margen de maniobra del que dispone una Comunidad Autónoma a la hora de elegir los proveedores de las prestaciones. En efecto, el régimen jurídico al que debe ajustarse la celebración de los conciertos sociales varía de una Comunidad Autónoma a otra, hasta el punto de que, en algunos casos, se duda de si se trata de un tipo contractual o no. A nuestro juicio, los titubeos anteriores demuestran, o bien, que no se sabe a dónde va, o bien, que se sabe demasiado, pero no se quiere buscar problemas por extralimitación competencial. En la primera parte del presente estudio se comprobará como la falta de transposición de las Directivas de contratación pública, la competencia exclusiva autonómica en servicios sociales o la observancia del principio de participación, sirven de argumentos para justificar las recientes reformas de la normativa autonómica. En el tercer epígrafe del trabajo, titulado «Aspectos controvertidos del régimen jurídico del concierto social a la luz del principio no discriminación», se realizará una enumeración de las cláusulas de arraigo territorial que se incluyen en los textos legales recientemente aprobados y las cuales podrían discutirse a raíz de un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en el que se rechazan las exigencias

1 Véase pág. 19 del Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de agosto de 2017.

2 GIMENO FELIÚ, José María. «Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, enero – marzo 2017, p. 220.

de ubicación geográfica en las convocatorias de licitación. Para terminar, abordaremos la última reacción de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ante la configuración de la proximidad de las empresas licitadoras como criterio de valoración de las proposiciones contractuales y concluiremos con algunas reflexiones finales resumiendo las conclusiones esenciales alcanzadas en el estudio.

2 Fundamentos para una nueva regulación de las formas de prestación de los servicios sociales

Varias Comunidades Autónomas han revisado la regulación aplicable a los servicios sociales que rige en sus respectivos territorios. Son exponentes de esta recientísima normativa sectorial:

- La Ley 9/2015, de 20 de marzo, de primera modificación de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales del Principado de Asturias.
- La Ley 5/2016, de 2 de mayo, por la que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia.
- El Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.
- La Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

Con los cambios normativos enunciados, las cuatro Comunidades Autónomas comparten el propósito de reforzar a las entidades de iniciativa social³ mediante la apuesta por el concierto social, el cual se presenta como un negocio jurídico diferenciado de cualquiera de las fórmulas contractuales previstas en la legislación básica de contratos del sector público.⁴ Interesa remarcar que la escueta regulación del concierto social a la que nos referimos en estas páginas ha abierto varios debates que, por su innegable importancia e interés, merecen ser expuestos al inicio del presente estudio.

La primera pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿cuántas formas de prestar los servicios sociales existen en la actualidad? En el Principado de Asturias, la prestación de este servicio público puede organizarse de tres formas, a través de a) la gestión directa, b) la gestión indirecta en el marco general de la normativa de contratación del sector público incluido el régimen de concierto social previsto en la legislación reguladora de los servicios sociales, c) y los convenios con entidades de iniciativa social.⁵

Sin embargo, en la Región de Murcia, las formas de organización de la gestión de los servicios sociales son cuatro; a) gestión directa, b) gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público, c) conciertos sociales con entidades privadas con o sin ánimo de lucro declaradas de interés asistencial, d) y mediante convenios con entidades de iniciativa social, entendiendo como tales las fundaciones, asociaciones,

3 Las entidades de iniciativa social son figuras subjetivas difíciles de identificar, determinar y valorar por su extraordinaria heterogeneidad, la cual se manifiesta en las denominaciones, los enfoques conceptuales, las formas jurídicas y las dimensiones que revisten. En relación a la expresión «entidades de iniciativa social», es preciso apuntar que, si bien se considera acertada por cuanto tiene la virtualidad de señalar, a la vez, cuál es su origen y su objeto - de la sociedad y para la sociedad -, viene sustituyéndose, en ocasiones, por otras locuciones como «organizaciones no gubernamentales», «sector no lucrativo», «sector privado social», «entidades sin ánimo de lucro», «organizaciones sociales», «sector *non profit*» o «tercer sector». Dichas denominaciones resaltan algunas de las características más representativas de estas organizaciones. En unos casos, subrayan sus rasgos positivos («organizaciones voluntarias») y, en otros, destacan sus diferencias respecto del gobierno («organizaciones no gubernamentales», «sector voluntario», «sector público no estatal») o del sector empresarial («sector no lucrativo», «economía social»). (IZQUIETA ETULIAN, José Luis. *Voluntariado y tercer sector. Cultura, participación cívica y organizaciones solidarias*. Madrid: Tecnos, 2011, pp. 17-18).

4 Santiago Muñoz Machado señala con acierto: «Lo que más comúnmente perciben muchos ciudadanos y empresas es la existencia de regulaciones repetidas sobre una misma materia, contenidas en leyes de las diversas Comunidades Autónomas. Estas regulaciones múltiples son la simple consecuencia de una manera de entender constitucionalmente la organización del Estado, que habilita a las entidades territoriales para producir una legislación que, por razón de la diversidad de su origen, es lógico que también sea parcialmente heterogénea. Aunque a veces sería más exacto referirse a la diversidad más por razón de la abundancia de disposiciones que por la variedad de sus contenidos, que en la práctica suelen ser bastante reiterativos». (MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado». *Revista española de Derecho administrativo*, nº 163, (2014), p. 16).

5 Véase la nueva redacción del art. 44 de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales del Principado de Asturias.

cooperativas, organizaciones de voluntariado y demás entidades e instituciones sin ánimo de lucro que realizan actividades de servicios sociales, siempre que sobre dichas entidades no ostente el dominio efectivo una entidad mercantil que opere con ánimo de lucro.⁶

Por su parte, el Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, dispone que «las Administraciones competentes podrán gestionar la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario de las siguientes formas: a) mediante gestión directa o con medios propios, b) mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público, c) y mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro».⁷

En último lugar, la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia, detalla que el apartado 1 del art. 29, que lleva por rúbrica «formas de prestación de los servicios sociales», queda redactado en los términos siguientes: «Los servicios sociales serán prestados por las Administraciones públicas gallegas a través de las siguientes fórmulas: a) la gestión directa, b) la gestión indirecta en el marco de la normativa reguladora de los contratos del sector público, c) mediante el régimen de concierto social previsto en la presente ley, d) y mediante convenios con entidades sin ánimo de lucro».⁸

Desde nuestro punto de vista, la dicción literal de la regulación reproducida suscita en seguida la duda de cuál es la verdadera naturaleza jurídica de los conciertos sociales. Si bien el Gobierno Aragón es claro al respecto, declarando que los acuerdos de acción concertada son instrumentos organizativos de naturaleza no contractual,⁹ los legisladores de las otras tres Comunidades Autónomas (Principado de Asturias, Región de Murcia y Galicia) han declinado posicionarse acerca de la mencionada cuestión, alimentando así una diversidad de opiniones, que podemos en cierto modo calificar como justificada, pues es evidente que el concierto social recuerda, por su nombre, al concierto, al que se alude en el art. 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).¹⁰

Así las cosas, en un segundo término, cabría preguntarse si, al amparo de la competencia asumida con carácter exclusivo en materia de servicios sociales, una Comunidad Autónoma está facultada para aprobar una regulación que establezca un régimen de concierto diferenciado de aquel previsto en el TRLCSP. Por consiguiente, el segundo interrogante que quedaría por resolver sería saber si una Comunidad Autónoma puede relegar la aplicación del TRLCSP y, en definitiva, interferir en la competencia estatal recogida en el art. 149.1.18 de la Constitución. A la hora despejar esta incógnita, no podemos dejar de pasar por alto que en Cataluña y País Vasco han entrado en vigor el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública¹¹ y el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

6 Véase el art. 7 bis de la Ley 3/2003, de 10 de abril, de servicios sociales de la Región de Murcia, añadido por el artículo único de la Ley 5/2016, de 2 de mayo, por la que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia.

7 Véase el art. 2.

8 Véase art. 2.

9 Véase art. 2 del Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.

10 Dicho precepto señala que «la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas».

11 Véase la Disposición adicional segunda, en la que se indica que los servicios sociales podrán gestionarse mediante fórmulas no

Llegados a este punto de la exposición, resulta pertinente resaltar que el Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de marzo de 2014 publicaba la cuarta generación de Directivas comunitarias sobre contratación pública. En concreto, se trata de la Directiva 2014/24/UE relativa a la contratación pública, que deroga a la Directiva 2004/18/CE; la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que deroga a la Directiva 2004/17/CE; y la novedosa Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Tales normas comunitarias entraron en vigor a los veinte días de su publicación y establecen un período general de transposición que finaliza el 18 de abril de 2016, obligando al Estado español, al igual que a los restantes Estados miembros, a incorporar modificaciones en el Derecho interno.¹² Como es sobradamente conocido, el TRLCSP no ha sido objeto de revisión; no obstante, los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación y las Juntas consultivas de contratación administrativa han publicado diversos documentos con el ánimo de determinar aquellas disposiciones de las Directivas comunitarias que tienen un efecto directo.

Precisamente, la falta de transposición del nuevo paquete legislativo comunitario al Ordenamiento jurídico español, así como la singularidad de los servicios sociales manifestada por el Parlamento europeo y el reconocimiento en estas normas de la libertad de los Estados miembros para prestar por sí mismos esos servicios u organizarlos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, se ha interpretado como el contexto idóneo para llevar a cabo una actualización de la normativa autonómica que afecta a estas prestaciones. Ahora bien, tras una lectura de los considerandos 36, 53 y 54 de la Directiva 2014/23/UE y los considerandos 6, 28 y 114 de la Directiva 2014/24/UE, es posible extraer una conclusión: es sumamente complicado comprender con nitidez cuáles son los presupuestos que justificarían una inaplicación de las Directivas. Con el fin de preservar la especial naturaleza de las organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro y teniendo en cuenta la menor dimensión transfronteriza de algunos servicios de carácter social, el legislador europeo estima procedente excluir su aplicación plena. Con todo, acto seguido, avisa que dichas exclusiones no deben ampliarse más allá de lo estrictamente necesario y aclara también que, aunque los Estados miembros gocen de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales, la observancia de los principios de transparencia e igualdad de trato es obligatoria.

Hechas las precedentes apreciaciones, conviene anotar que, si bien todos los Estatutos de Autonomía han declarado los servicios sociales (o la asistencia social) como una competencia autonómica exclusiva, los conflictos competenciales entre las Comunidades Autónomas y el Estado han sido bastante frecuentes en los últimos tiempos. A raíz de la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y la consiguiente introducción de modificaciones en la regulación

contractuales, las cuales se denominan concierto social y gestión delegada. El Pleno del Parlamento catalán, en la sesión celebrada el día 13 de julio de 2016, ha validado el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública. El 23 de septiembre de 2016 se publica en el Diario Oficial de Generalitat de Catalunya el acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado en relación con el Decreto ley de Cataluña 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública.

12 El Derecho de la Unión Europea no reconoce el género de los contratos de gestión de servicios públicos y, de las diferentes especies que lo integran en el Ordenamiento jurídico español, sólo ha merecido la atención la de concesión de servicios públicos. Por este motivo, nos planteamos qué pasará con las restantes figuras contractuales que conforman el contrato de gestión de servicios públicos, concretamente la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, una vez que la transposición de la cuarta generación de Directivas comunitarias sobre contratación pública se produzca, es decir, falta saber si el Estado español cuando transponga el Derecho comunitario seguirá contemplando estas modalidades de gestión de servicios públicos no existentes en el ámbito europeo o hará una regulación verdaderamente adaptada a la normativa comunitaria. Para Luis Míguez Macho, lo más conveniente sería sustituir la denominación del tradicional contrato administrativo de gestión de servicios públicos por la de contrato de concesión de servicios, eliminar las modalidades de concierto y sociedad de economía mixta e introducir los criterios de la Directiva 2014/23/UE para definir este contrato distinguiéndolo debidamente del de servicios. La contratación de la gestión de servicios públicos con empresarios que vengán realizando el mismo tipo de prestaciones en su actividad ordinaria tendrá que articularse a través de los requisitos de solvencia técnica o profesional y, en su caso, de los criterios de adjudicación. En cuanto la sociedad de economía mixta, debería contemplarse como una modalidad de ejecución de todos los contratos públicos, no sólo de los de gestión de servicios públicos o de concesión de servicios. En cambio, la distinción entre el modelo “puro” de concesión y la gestión interesada sí se podría mantener en el marco de la introducción del criterio de transferencia del riesgo operacional que impone la Directiva. (MIGUEZ MACHO, Luis «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: Repercusiones para el Derecho español». *X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015, p. 10).

de las competencias de los municipios en el campo de los servicios sociales,¹³ el Pleno del Tribunal Constitucional declaró, al resolver el recurso interpuesto por la Asamblea legislativa de Extremadura, la nulidad de la disposición transitoria segunda del texto legal por extralimitación competencial.¹⁴ También cabe apuntar que varios preceptos de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social (en adelante, LTSAS) y de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado (en adelante, LV) han suscitado fuertes discrepancias, como se deduce de la Resolución 1846/2016, de 18 de julio, por la que se hace público un acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado en relación con la LTSAS, y de la Resolución 1847/2016, de 18 de julio, por la que se hace público otro acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado en relación con la LV.

A día de hoy, parece que el Estado no ha realizado ningún movimiento con la intención de invalidar las reformas normativas impulsadas con el fin de ampliar las fórmulas de colaboración de los particulares en la prestación de los servicios sociales. De todos modos, para proteger el diseño jurídico autonómico del concierto, las Comunidades Autónomas se han preocupado por alegar que, además de ostentar una competencia exclusiva en la materia, con sus actuaciones lo que persiguen es hacer lo que otros entes autonómicos ya han hecho mediante sus respectivas leyes de servicios sociales y potenciar el papel de las entidades de iniciativa social,¹⁵ lo cual está en plena consonancia con el principio de participación que se reconoce en prácticamente todos los sistemas autonómicos de servicios sociales.¹⁶

Una de las notas más características de las leyes autonómicas de servicios sociales radica en la inclusión de los principios que las inspiran. En la mayoría de los casos, esta inclusión se lleva a cabo en el propio articulado, donde no sólo se mencionan los principios, sino que se aporta una pequeña explicación de cada uno, normalmente de la finalidad que se persigue con su incorporación en la norma. La mención con vocación de exhaustividad de tales principios básicos informadores del sistema de servicios sociales es lo que hace que esta normativa tenga un inequívoco carácter o naturaleza de cabecera de su correspondiente grupo normativo, incluidas las del mismo rango normativo, que deberán interpretarse conforme a los mismos.¹⁷ En esta misma línea, la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León declara que «los principios que regirán el sistema de servicios sociales de responsabilidad pública orientarán la interpretación de las normas contenidas en esa ley y en las disposiciones que se dicten en su desarrollo, sin perjuicio de los principios que de los servicios sociales en la normativa estatal básica». Este mismo precepto identifica, como principios rectores, la universalidad, la igualdad efectiva, la responsabilidad pública, la solidaridad, la prevención, la atención personalizada, la atención integral, la promoción de la autonomía personal, el respeto a los derechos de las personas, la proximidad y normalización, la participación, la coordinación, la promoción de la iniciativa social y del voluntariado, la calidad y la sostenibilidad.

Un repaso del precedente artículo nos muestra que, junto a principios de un claro significado jurídico (igualdad, por ejemplo), hay otros cuyo significado habrá que buscarlo en la llamada Ciencia del Trabajo Social, que es donde se han elaborado (normalización, por ejemplo). La proliferación de esta última terminología se debe a que se ha impuesto la idea de que las diferentes personas y entidades afectadas por un texto normativo deben participar en su elaboración. Esto genera, si no se presta una mínima atención, regulaciones incorrectas. La descrita pauta de actuación podría explicar que el art. 87.3 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de

13 Para conocer las repercusiones de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en el sector de los servicios sociales, véanse ALMEIDA CERREDA, Marcos. «El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales». *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 22, (2015) y ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia. «Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local». *Revista de Administración Pública*, nº 194, (2014).

14 Véase el Fundamento jurídico 13 de la Sentencia 41/2016, de 3 de marzo de 2016.

15 Véase Preámbulo de la Ley 9/2015, de 20 de marzo, de primera modificación de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales del Principado de Asturias.

16 Véase Preámbulo de la Ley 5/2016, de 2 de mayo, por la que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia.

17 BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. *El régimen jurídico de la acción social*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1992, pág. 137.

servicios sociales de Castilla y León disponga que «la participación en el sistema de servicios sociales de las entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro, como Cruz Roja Española y Cáritas, merecerá una atención especial. Igual consideración se dispensará a aquellas asociaciones de usuarios de servicios sociales que realicen actividades en el ámbito de las personas con discapacidad, como al Comité Español de Representantes de Minusválidos de Castilla y León y a las entidades relacionadas con la exclusión social, la atención sociosanitaria, la protección a la infancia o el envejecimiento». A tenor de lo expuesto, parece sencillo predecir qué organizaciones han participado en la elaboración del citado texto legal.

Para terminar, y sin perjuicio de lo que pueda suceder en un futuro próximo, es pertinente recalcar que, a nuestro juicio, el Estado podría poner en entredicho la regulación de numerosos aspectos del concierto social por una posible conculcación de la regla de libre concurrencia, la cual se defiende en incontables ocasiones tanto en el TRLCSP como en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM).¹⁸ Al respecto, nótese que, por motivos muy similares, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía presentó una serie de objeciones contra Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.¹⁹

3 Aspectos controvertidos del régimen jurídico del concierto social a la luz del principio no discriminación

A la espera de que el Principado de Asturias, la Región de Murcia y Galicia completen reglamentariamente el régimen del concierto social perfilado en sus leyes,²⁰ es oportuno avanzar que estas tres Comunidades Autónomas y la aragonesa han decidido incorporar diversas cláusulas en la configuración de este instrumento que parecen tener un difícil encaje con el principio de no discriminación, anunciado en el art. 3 de la LGUM²¹ y desarrollado con mayor detalle en el art. 18 de la LGUM.²²

18 Una incidencia en la libre circulación de personas y bienes, derivada de la legislación autonómica, no equivale necesariamente con un obstáculo prohibido por el art. 139.2 de la Constitución. A partir de ahí, Íñigo Urrutia Libarona entiende que «habrá que buscar el equilibrio entre el mercado único y la diversidad regulatoria con la finalidad de evitar situaciones de fragmentación del mercado que puedan convertirse en negativas para el sistema económico general y su competitividad en el marco de la economía de mercado». (URRUTIA LIBARONA, Íñigo. «La configuración legal de la unidad de mercado y Estado autonómico». *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 175, (2016), p. 212).

19 Se analizan el informe nº 09/2014, sobre el Anteproyecto de la Ley de servicios sociales de Andalucía y otras cuestiones referentes a este cuerpo legal en GARRIDO JUNCAL, Andrea. «Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía». *Revista Administración & Cidadanía*, vol. 10, nº 2, (2015).

20 La decisión de aplazar la regulación de relevantes cuestiones a la aprobación de una norma de carácter reglamentario se defiende alegando que el reglamento es la figura más idónea para las regulaciones pormenorizadas y argumentando que su procedimiento de modificación es menos rígido que el de una ley y, por tanto, más eficaz para adaptar las disposiciones jurídicas a la constante evolución de las necesidades sociales. Ahora bien, sin perjuicio de la veracidad de lo explicado con anterioridad, no es posible olvidar los efectos nocivos de la construcción de un marco jurídico incompleto e impredecible. En esta dirección, la Comisión Nacional de la Competencia insistió en, un informe titulado «Trabajando por la competencia. Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia», que la dispersión de normas restaba transparencia y funcionaba como una barrera de entrada al mercado que protegía a los ya establecidos en detrimento de los entrantes, menos conocedores del marco normativo, de sus lagunas y de sus peculiaridades (p. 34).

21 Este precepto indica: «1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento. 2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico».

22 Tal y como advierte Germán Fernández Farreres, la formulación legal del principio de no discriminación resulta coincidente con la del art. 139 de la Constitución. Esta coincidencia obliga la consulta de la jurisprudencia constitucional que ha concretado el significado y alcance de este precepto constitucional. Lo anterior permite afirmar, según este autor, que «la prohibición de discriminación por razón del lugar de establecimiento o de producción de los bienes no es óbice para que a todos los operadores que actúan en un determinado ámbito territorial se les puedan exigir requisitos en algunos extremos distintos a los requeridos en otras partes o lugares del mismo mercado. El principio de no discriminación -y lo mismo cabe decir del principio de libertad de circulación en su sentido estricto- no se oponen, desde luego, a tal posibilidad. Más aún, si así fuese, en realidad a lo que se opondrían sería a la existencia de una pluralidad de autoridades con potestad para adoptar medidas regulatorias propias y singulares para sus respectivos ámbitos territoriales». (FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. «Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre». *Revista española de Derecho administrativo*, nº 163, (2014), p. 120).

Al margen de que LGUM exige también un replanteamiento acerca de la existencia de diecisiete regímenes de registro, autorización y acreditación en el ámbito de los servicios sociales²³, focalizaremos ahora nuestra atención en aquellas medidas incluidas en los conciertos que suponen un trato a favor de ciertas entidades. En concreto, observamos que se indica que se seleccionarán aquellas que acrediten «el arraigo de la persona en el entorno de atención» o «la implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio»²⁴. Por otra parte, para poder suscribir conciertos, se especifica que las entidades solicitantes deben «acreditar la disposición de los medios y recursos suficientes para garantizar el cumplimiento de las condiciones previstas en el acuerdo de formalización del concierto. En concreto, en el caso de reserva y ocupación de plazas deberán acreditar la titularidad del centro o su disponibilidad por cualquier título jurídico válido por un período no inferior a la vigencia del concierto».²⁵

Desde nuestra óptica personal, estos requisitos son discriminatorios, pues se basan directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador.²⁶ A mayor abundamiento, entendemos que esta apreciación encontraría respaldo en la Sentencia del Tribunal Superior de Unión Europea (Sala Quinta) de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-552/13), la cual comentamos a continuación.

El 3 de enero de 2011 se publicaba en el Diario Oficial de País Vasco un anuncio de licitación para la contratación de procedimientos quirúrgicos de cirugía menor, general y digestiva, ginecología, urología y traumatología y cirugía ortopédica para el área de salud de Vizcaya. En el pliego de bases técnicas del contrato de gestión de servicios públicos, núm. expediente 21/2011 GSP, se especificaba que «atendiendo a la necesidad de facilitar estos servicios con la proximidad necesaria a los pacientes y su entorno familiar, a las posibilidades y tiempo de viaje en transporte público, así como a la necesidad de minimizar los desplazamientos de los facultativos de los hospitales de Osakidetza, los centros hospitalarios afiliados deberán estar ubicados en el municipio de Bilbao». El objeto del contrato estaba fraccionado en dos lotes, los cuales fueron adjudicados a la misma entidad, RR Siervas de Jesús de la Caridad.

El 14 de junio de 2011 se publicaba en el Diario Oficial del País Vasco un anuncio de licitación para la contratación de procedimientos quirúrgicos de oftalmología para el área de salud de Vizcaya. En el pliego de bases técnicas del contrato de gestión de servicios públicos, núm. de expediente 5012001 GSP, el poder adjudicador señalaba nuevamente que «atendiendo a la necesidad de facilitar estos servicios con la proximidad necesaria a los pacientes y su entorno familiar, a las posibilidades y tiempo de viaje en transporte público, así como a la necesidad de minimizar los desplazamientos de los facultativos de los hospitales de Osakidetza, los centros hospitalarios ofertados deberán estar ubicados en el municipio de Bilbao». El 9 de agosto de 2011 la Directora Territorial de Vizcaya del Departamento de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco resolvió adjudicar la realización del contrato a la Clínica Indautxu, S.A.

Las dos convocatorias de licitación citadas fueron impugnadas inicialmente en vía administrativa y más tarde en vía contenciosa por el Grupo Hospitalario Quirón, S.A., quien arguyó que las exigencias relativas a la localización en el término municipal de Bilbao vulneraban los principios elementales de la contratación pública y, en particular, el de igualdad de trato, el de libre acceso a las licitaciones y el de libre competencia.

23 Para una aproximación crítica a este tema, EZQUERRA HUERVA, Antonio. «Los servicios sociales a la luz de la Ley de garantía de la unidad de mercado». *El nuevo marco jurídico de la unidad del mercado. Comentario a la Ley de garantía de unidad de mercado*. Madrid: La Ley.

24 Véase el apartado dos del artículo único de la Ley 9/2015, de 20 de marzo, de primera modificación de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales del Principado de Asturias; el apartado dos del artículo único de la Ley 5/2016, de 2 de mayo, por la que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia; el art. 53 del Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario; y el apartado 3 del artículo único de la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

25 Puesto que el tercer sector se caracteriza fundamentalmente por una gran base de pequeñas entidades que cuentan con una sola sede y están presentes generalmente en un único ámbito geográfico, podríamos sentenciar también que los requisitos reseñados favorecen a las entidades de iniciativa social.

26 El art. 42.2 de la Directiva 2014/24/UE declara que «las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia».

En el marco del litigio, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 6 de Bilbao planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el propósito de que se le aclarara la interpretación del art. 23, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Dicho precepto, que lleva por título «especificaciones técnicas», establece que las mismas «deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia».

A pesar de que la Sentencia del Tribunal Superior de Unión Europea (Sala Quinta) de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-552/13) examina la Directiva 2004/18/CE, derogada tras la publicación de la Directiva 2014/24/UE, el análisis de su fallo debe tenerse en cuenta.²⁷ En él, se rechaza que las convocatorias de licitación contengan exigencias de ubicación geográfica porque, de un lado, implican una exclusión automática de licitadores y, de otro, porque el estar situado imperativamente en un término municipal no garantiza tampoco el objetivo marcado, esto es, la proximidad y la accesibilidad del centro hospitalario.²⁸

Finalmente, resta apuntar que, como previene el Informe 1/12, de 20 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, los márgenes de maniobra de los poderes públicos en la contratación pública los marca primero el TRLCSP; esto es, el Estado y no las Comunidades Autónomas. Aprovechando que actualmente está en trámite el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, pensamos que es el momento de que el legislador estatal asuma la tarea de establecer una regulación específica sobre los contratos en esta materia, alejada de una exclusiva perspectiva económica o de mercado, pues este paso, a nuestro entender, se reclama desde la legislación autonómica sectorial, el nuevo paquete de Directivas comunitarias sobre la contratación pública,²⁹ una corriente doctrinal³⁰ y alguna jurisprudencia comunitaria.³¹

27 El Grupo Hospitalario Quirón cumple todos los requisitos establecidos en el pliego de especificaciones técnicas de los citados contratos, excepto que no se encuentra ubicado en el municipio de Bilbao, sino en el municipio de Erandio, colindante al primero. No obstante, los municipios de Bilbao y Erandio, junto con otros más, conforman lo que se denomina «gran Bilbao» o «área metropolitana de Bilbao». Debido a que al hospital del Grupo Hospitalario Quirón se puede acceder fácilmente desde el término municipal de Bilbao utilizando los medios de transporte público y a que existe una gran probabilidad de que los pacientes a los que se van dirigidos los servicios objeto de esos contratos residan principalmente en un término municipal distinto del de Bilbao, se considera que los contratos administrativos son contrarios al Derecho de la Unión Europea.

28 Como indica el considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE, «La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes».

29 La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. El paradigma de esta necesaria contextualización y adaptación de las reglas de la contratación pública son los servicios sociales, educativos o sanitarios, en tanto se prestan servicios dirigidos a ciudadanos y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del núcleo del Estado social. (GIMENO FELIÚ, José María. «La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales». *Observatorio de Contratación Pública* [en línea], 11 de mayo 2015 [Consulta: 9 de junio 2017]).

30 Véase los comentarios que sobre la STJUE de 19 de junio de 2014 (asunto C-574/12, as. SUCH) y la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13, as. Crece Rossa Italiana y otros) realiza TEJEDOR BIELSA, Julio. «Entidades sin ánimo de lucro, contratos “in house” y reserva legal de contratos». *Observatorio de Contratación Pública* [en línea], 26 de enero 2015 [Consulta: 9 de junio 2017]).

31 El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la Resolución núm. 438/2014, de 6 de junio, analiza la interposición de un recurso contra el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que rige la contratación del servicio de impresión, manipulado y distribución de la correspondencia de la empresa municipal de aguas de Gijón. El recurso interpuesto pretende que se anule la cláusula del PPT que exige que el adjudicatario deba radicar o comprometer su establecimiento en Gijón contando con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de los trabajos con la prontitud que se requiere según pliego, pues se considera que la misma vulnera la LGUM y que resulta desproporcionada, considerando únicamente como válido el hecho de contar con una oficina en Gijón para atender a posibles recogidas de correspondencia de los ciudadanos. El Tribunal señala que: «tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como la Jurisprudencia se han pronunciado acerca de la proscripción de previsiones en los Pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones». Además, declara que «el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como

Ahora bien, la incorporación generalizada de cláusulas de arraigo territorial en los procedimientos de contratación podría colisionar con el principio de no discriminación anunciado en el Ordenamiento jurídico de la Unión Europea y en el español.³² Por ello, creemos que no se puede dar una respuesta general a la admisión o no de una cláusula de arraigo territorial, sino que debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar su justificación. En definitiva, la Administración contratante tiene que evaluar en cada caso si la presencia del licitador en el lugar en el que se presta el servicio supone una discriminación proporcionada o desproporcionada a la hora de elegir la mejor oferta.³³

4 La última reacción de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ante la configuración de la proximidad de las empresas licitadoras como criterio de valoración de las proposiciones contractuales

El 22 de enero de 2014 la página web de la Generalitat de Catalunya publicaba la Instrucción 1/2014, de 9 de enero, de la Directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública (en adelante, OSACP), para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública. El punto 3.9 del referido acto disponía lo siguiente: «Los órganos de contratación velarán especialmente para que los potenciales licitadores puedan conocer con la máxima transparencia y concreción, en el momento de la convocatoria de la licitación, los criterios, subcriterios y/o reglas de ponderación de acuerdo con los cuales serán valoradas sus proposiciones y el alcance de estos criterios. En este sentido, no podrán ser aplicadas pautas de valoración que no estén directamente relacionadas con los criterios o subcriterios establecidos en la convocatoria de la licitación. De acuerdo con la legislación vigente, se prevé entre los criterios de valoración de las proposiciones contractuales el de proximidad de las delegaciones o estructuras de gestión de las empresas licitadoras cuando este hecho tenga una relación directa con el objeto del contrato y pueda repercutir en una mayor eficiencia o satisfacción en el logro del objeto contractual. Así mismo se preverán, entre aquellos otros criterios que el órgano de contratación considere convenientes, los factores medioambientales relacionados con el objeto del contrato, particularmente los derivados del análisis del ciclo de vida de los productos o servicios. Los órganos de contratación velarán especialmente para que los informes de valoración de los criterios, subcriterios o reglas de ponderación subjetivos, estén siempre debidamente motivados y expresen las razones que induzcan a fijar las puntuaciones que se otorguen a los licitadores, sin que aquellos informes se limiten a la simple fijación de las puntuaciones».

condición de aptitud para contratar con el sector público». Sobre la base de tales consideraciones, concluye que las condiciones de arraigo territorial no pueden ser tenidas en cuenta ni como condición de aptitud ni como criterio de valoración de las ofertas. Ahora bien, en el supuesto examinado, el criterio arraigo no se configura ni como condición de solvencia ni como criterio de adjudicación, sino que se incorpora como una exigencia de compromiso de adscripción de medios (art. 64.2 del TRLCSP) durante la ejecución del contrato, cuya admisión, es posible siempre que no se vulneren los principios recogidos en el art. 1 del TRLCSP. En opinión de Manuel Pérez Delgado y Rosario P. Rodríguez Pérez, el criterio mantenido por el Tribunal resulta acertado, ya que con independencia de las exigencias previstas en el art 18.2.a de la LGUM cuando señala que serán consideradas «actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libre circulación» los «requisitos discriminatorios (...)» para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador» y, en particular, «que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en territorio de la autoridad competente o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio», en el presente asunto, la exigencia de arraigo deviene necesaria como compromiso de ejecución para garantizar la inmediatez y la agilidad en las comunicaciones entre el adjudicatario y la Administración. (PÉREZ DELGADO, Manuel; RODRÍGUEZ PÉREZ, Rosario P. «Validez del criterio arraigo territorial como condición de ejecución». *Contratación Administrativa Práctica*, 4 de agosto de 2014).

32 Si bien la libre competencia es un fin constitucional respetable, tal y como afirma José María Baño León, no es el único fin constitucional ni puede ser -en el marco de la Constitución española preponderante. Según este autor, «en un régimen democrático la ponderación de esos fines no debe corresponder ni a la Administración burocrática ni a la Administración independiente (salvo cuando lo exija el Derecho europeo), sino al legislador, dado que justamente la ponderación de los intereses en presencia es la esencia misma de la política expresada en la regulación normativa, que en nuestro orden constitucional corresponde en primer término al poder legislativo y, con matices, al poder municipal democráticamente elegido». (BAÑO LEÓN, José María. «La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público». *Revista de Administración pública*, nº 200, (2016), p. 314).

33 Como ha dicho Manuel Rebollo Puig, es cierto que la LGUM no otorga nuevas competencias al Estado y, en ese sentido, no expresa o canaliza ningún tipo de recentralización. Correlativamente, tampoco la LGUM priva a las Comunidades Autónomas de ninguna competencia. Pero, incluso sin ello, sí que encorseta al ente autonómico que, aunque no ve reducido el ámbito de sus competencias, sí las ve sometidas a un nuevo límite material: el de no afectar a las libertades económicas nada más que por determinados fines elegidos libremente por el Estado. (REBOLLO PUIG, Manuel. «La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado». *Revista española de Derecho administrativo*, nº 163, (2014), p. 32).

En fecha 7 de marzo de 2014, el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) remitió un escrito a la Directora de la OSACP al amparo de los arts. 5.4 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC y 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).³⁴ Este organismo público valoraba muy favorablemente algunas de las disposiciones contenidas en la mencionada Instrucción pero, al mismo tiempo, criticaba que había otras con capacidad de generar un intenso efecto negativo desde el punto de vista de la competencia, citando en particular el apartado: «De acuerdo con la legislación vigente, se prevé entre los criterios de valoración de las proposiciones contractuales el de proximidad de las delegaciones o estructuras de gestión de las empresas licitadoras cuando este hecho tenga una relación directa con el objeto del contrato y pueda repercutir en una mayor eficiencia o satisfacción en el logro del objeto contractual».

El 18 de marzo de 2014, la Directora de la OSACP contestó por escrito al Presidente de la CNMC señalándole que la valoración realizada por la CNMC se basaba en una interpretación del concepto «proximidad» necesariamente geográfica o territorial, lo que no sería viable, cuando el propio texto dispone, de inicio, su aplicación «de acuerdo con la legislación vigente», añadiendo que esta (la legislación vigente) «impide, como no podría ser de otro modo, priorizar a operadores establecidos en determinados entornos geográficos» y que el texto se refiere a la «proximidad» únicamente entendida como la disponibilidad, accesibilidad o facilidad y celeridad de intervención de las empresas licitadoras, ante posibles incidencias en la ejecución del contrato y siempre que ello suponga una contribución efectiva a una mejor ejecución del mismo.

Con el objetivo de adecuar la redacción de la cláusula objeto del escrito de la CNMC a la finalidad perseguida, que era la de promover y favorecer la pública concurrencia y la satisfacción del interés público en las licitaciones de la Generalitat de Catalunya, la Directora de la OSACP proponía la siguiente redacción de la cláusula 3.9: «De acuerdo con la legislación vigente, se preverá entre los criterios de valoración de las proposiciones contractuales el de proximidad de las delegaciones o estructuras de gestión de las empresas licitadoras cuando este hecho tenga una relación directa con el objeto del contrato y pueda repercutir en una mayor eficiencia o satisfacción en el logro del objeto contractual. La mencionada proximidad se referirá siempre a la accesibilidad, la facilidad y la celeridad de intervención de las empresas licitadoras respecto a la ejecución de los contratos».

Tras nuevos escritos de 7 y 24 de abril de 2014 del Jefe de la Asesoría Jurídica de la CNMC y del Subdirector General de Seguiment i Avaluació de la Contratació Pública de la OSACP, en los que trataron sobre diversas alternativas de redacción de la cláusula 3.9, finalmente el Abogado del Estado, en representación de la CNMC, interpuso recurso contencioso administrativo contra la citada Instrucción 1/2014, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. En este recurso, una vez presentada la demanda por el Abogado del Estado, la representación de la Generalitat de Catalunya formuló alegaciones previas, conforme al art. 58.1 LJCA, y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó dos autos, uno con fecha 10 de diciembre de 2014, que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, y otro con fecha 29 de enero de 2015, de desestimación del recurso de reposición interpuesto por el Abogado del Estado contra el auto anterior. Sin embargo, posteriormente, la Sección Tercera de la Sala Contencioso del Tribunal Supremo dictó sentencia estimando el recurso de casación número 727/2015, interpuesto por el Abogado del Estado contra los autos antes citados, ordenando la continuación de las actuaciones conforme a derecho.

El 27 de octubre de 2016 la CNMC anunciaba, en su tablón de novedades, que la Generalitat de Catalunya había modificado la Instrucción 1/2014, de 9 de enero, de la Directora de la OSACP para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública. La decisión voluntaria de la Administración autonómica, sin esperar a la sentencia sobre el caso y consistente en la eliminación del criterio de la proximidad, es calificada de manera muy positiva en la nota de prensa. En ella se recuerda igualmente que la exigencia de criterios de territorialidad a las empresas supone un obstáculo a la competencia efectiva y representa una barrera de entrada al mercado que reduce la cantidad y calidad de los posibles oferentes. En suma, se insiste en que el fomento a los operadores ya establecidos en un determinado entorno geográfico no tiene justificación desde la óptica del principio de salvaguarda de la libre competencia,

³⁴ La Guía sobre Contratación Pública y Competencia que publicó la antigua Autoridad de Competencia (CNC) señala como contrarias a la competencia efectiva este tipo de restricciones.

principio fundamental de la normativa de contratación pública española y comunitaria. En nuestra opinión, la reacción de la CNMC ante la configuración de la proximidad de las empresas licitadoras como criterio de valoración de las proposiciones contractuales, podría contemplarse como un primer avance de cuál podría ser la postura del Estado si decidiese examinar minuciosamente la última regulación autonómica aplicable a la gestión de los servicios sociales.

5 Reflexiones finales

La crisis económica ha afectado a la actividad de las entidades de iniciativa social por varias razones. Por un lado, el aumento del número de personas en situación o riesgo de exclusión social ha determinado que el colectivo que demanda su atención sea mayor. Por otro lado, el objetivo de controlar el déficit público ha contribuido a una drástica reducción de las ayudas institucionales destinadas a estas organizaciones, las cuales constituyen su vía principal de ingresos. En este contexto, algunas Comunidades Autónomas han previsto un mecanismo de colaboración privada en la prestación de los servicios sociales, el concierto social, cuyo diseño legal representa una gran oportunidad para las entidades sin ánimo de lucro, pero también suscita incontables reparos al integrar cláusulas que obstaculizan la libertad de empresa.

Uno de los mayores retos del Derecho administrativo contemporáneo es la adecuación del mismo y sus instrumentos al hecho imparable de la movilidad de bienes y personas que tanto la globalización como la integración económica suponen.³⁵ En concordancia con lo anterior, los aspectos relacionados con la defensa de la competencia se han convertido actualmente en un asunto de interés público, lo que ha reclamado la intervención de la Administración en un ámbito que aparentemente se encontraba reservado al Derecho privado.³⁶ Tras estas afirmaciones irrefutables, parece prudente considerar que, si bien todos los servicios públicos son servicios a la persona, pues sólo la persona es sujeto de Derecho y destinatario de la actividad del Estado, sólo algunos de ellos tienen un carácter logístico, por lo que sirven a la persona de forma mediata, y lo hacen territorialmente porque el territorio es el medio de la persona (transportes, telecomunicaciones, por ejemplo); mientras que otros la sirven inmediatamente (educación, sanidad, por ejemplo).³⁷

Ese rasgo de inmediatez es recogido en el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, al declarar: «determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada». Este dato, sumado al reconocimiento de que dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro debido a las diferentes tradiciones culturales, permitiría establecer un régimen singular para los contratos públicos en este ámbito.

Como se adelantó un poco más atrás, la naturaleza jurídica del concierto social es objeto de interpretaciones discordantes. En concreto, se ha advertido en el presente trabajo que se ha optado algunas veces por identificar el concierto con un contrato, mientras que otras veces se ha preferido catalogarlo como un instrumento no contractual. Al hilo de esta variedad de soluciones, podría pensarse que la categorización de esta forma de relacionarse los entes públicos con las entidades privadas, también bautizada como «acción concertada», es la de una subvención. Este detalle facultaría el empleo de los criterios de conexión territorial sin que su uso fuera calificado como requisitos discriminatorios para la obtención de ventajas desde el punto de vista de la LGUM. En este sentido, una mención especial merece el criterio interpretativo sentado en la Resolución, de 13 de octubre de 2014, de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Parlamentarias, por la que se ordena la publicación del acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, publicado el 29 de octubre de 2014 en el Diario Oficial de Galicia, y en virtud del

35 PADRÓS I REIG, Carlos; MACÍAS CASTAÑO, José María. «Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado». *Revista de Administración pública*, nº 194, (2014), p. 114.

36 GUILLÉN CARAMÉS, Javier. «La descentralización del Derecho de la competencia en España». *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

37 VAQUER CABALLERÍA, Marcos. «Las relaciones entre Administración pública y tercer sector, a propósito de la asistencia social en Italia». *Revista de Administración Pública*, nº 152, (mayo-agosto 2000).

cual «en relación con las discrepancias manifestadas sobre el artículo 18.2.a), ambas partes coinciden en interpretar que su contenido no obsta a que se pueda exigir el ejercicio de una actividad económica en el territorio para la obtención de ventajas económicas vinculadas a políticas de fomento, sin que ello implique discriminación por razón de la nacionalidad o domicilio social de la empresa».

No obstante, desde la perspectiva de la CNMC, las convocatorias de ayudas autonómicas que exigen, como requisito de participación, contar con instalaciones inscritas en el territorio de la Comunidad Autónoma, vulneran el principio de no discriminación (arts. 18.2.a) y 18.2.f) de la LGUM). De hecho, el 24 de febrero de 2016 la CNMC, al amparo del art. 27 de la LGUM, acordó interponer un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo de Cantabria de 20 de enero de 2016 por la que se desestima reclamación del art. 26 LGUM, así como contra el art. 3 de la Orden HAC/35/2015, 28 de septiembre, en la versión modificada introducida por la Orden HAC/43/2015, de 19 de noviembre y publicada en el Boletín Oficial de Cantabria núm. 226, de 25 de noviembre de 2015. En una nota de prensa, de 12 de abril de 2016, se anuncia que la Audiencia Nacional ha admitido a trámite el recurso interpuesto por la CNMC contra la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de Cantabria. En el caso UM/018/16 se exige, como requisito de participación en la convocatoria, contar con instalaciones inscritas en el territorio de la Comunidad cántabra, excluyéndose de la convocatoria aquellos centros de formación únicamente inscritos en otras Comunidades Autónomas y no inscritos ni en el Servicio Público de Empleo Estatal ni en la Comunidad cántabra.

Finalmente, es digna de mención la Sentencia núm. 79/2017, de 22 junio, en la que el Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la LGUM.³⁸ Como se ha tenido la oportunidad de señalar en el tercer epígrafe del presente trabajo, el art. 18 de la LGUM se refiere a las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación. De acuerdo con el apartado primero de este precepto, las autoridades competentes deberán asegurar que las medidas, límites o requisitos que adopten o que estén en vigor no tengan como efecto la creación o mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado. En concordancia con lo anterior, el apartado segundo del art. 18 de la LGUM considera prohibidos los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen: requisitos discriminatorios; requisitos adicionales a las actuaciones realizadas ante otras autoridades (por obtención de habilitaciones o cualificaciones o cumplimiento de requisitos diferentes, ya obtenidos o adicionales a las de la autoridad de origen); requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes adicionales a los establecidos por la normativa del lugar de origen; especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto distintas de las establecidas en el lugar de origen; determinados requisitos relacionados con la obtención de ventajas económicas; requisitos de naturaleza económica; requisitos que contengan obligaciones de realización de inversiones previas y requisitos que no guarden relación directa con el objeto de la actividad económica regulada y su ejercicio.

Para la Letrada del Parlamento de Cataluña, la regulación de los arts. 17 y 18 de la LGUM, puestos en relación con el art. 5 y la disposición final segunda, suponen una limitación injustificada de los medios de intervención administrativa de que dispone la Generalitat de Cataluña y ello afecta a los arts. 110, 111 y 112 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Según el Abogado del Estado, la finalidad de los preceptos impugnados es racionalizar el establecimiento de los límites a la intervención en la actividad económica en la medida que constituyen excepciones a la libertad de empresa en general, cuyo ejercicio debe garantizarse y protegerse por los poderes públicos conforme al art. 38 de la Constitución. Debido a que la impugnación del art. 18 de la LGUM está directamente relacionada con la impugnación del principio de eficacia nacional de los actos de intervención de las diferentes Administraciones, el Tribunal Constitucional considera que la segunda impugnación referenciada debe ser resuelta en primer lugar.

38 En concreto, declara la inconstitucionalidad y nulidad de las letras b), c) y e) del apartado segundo del art. 18, los arts. 19 y 20, la DA 10 de la Ley impugnada; así como el apartado segundo del art. 127 quater de la LJCA, en la redacción dada por el punto tres de la DF 1 de la LGUM, únicamente en su aplicación a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas. También dispone que el inciso «que deberá ser tenido en cuenta por la autoridad competente a la hora de decidir» del último párrafo del art. 26.5 b) de la LGUM es conforme con la Constitución interpretado en los términos señalados en el FD 15.

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, el principio de eficacia nacional es inconstitucional tanto por exceder el alcance de la competencia estatal reconocida en el art. 149.1.13 de la Constitución, como por vulnerar el principio general de territorialidad de las competencias autonómicas. A tenor de lo expuesto, se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los arts. 19 y 20 de la LGUM, pues los mismos sustentan toda su redacción en el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional. Igualmente se declaran inconstitucionales y nulos las letras b), c) y e) del apartado segundo del art. 18 de la LGUM, en tanto en cuanto se fundamentan en el principio de eficacia nacional al excluir que los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes puedan contener o aplicar requisitos para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la autoridad de origen [en la letra b)]; en cuanto excluyen que se puedan exigir requisitos de cualificación profesional adicionales a los requeridos en el lugar de origen o donde el operador haya accedido a la actividad profesional o profesión [en la letra c)]; y en cuanto excluyen que se puedan exigir especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto o para su utilización distintas a las establecidas en el lugar de fabricación [en la letra e)]. La prohibición de dichos requisitos y condiciones es consecuencia directa del principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional. Y, por consiguiente, al igual que éste, deben ser declarados tales apartados inconstitucionales y nulos. Lo mismo sucede con la disposición adicional décima en cuanto que ha sido impugnada por conexión con los preceptos que han sido declarados inconstitucionales.

La Sentencia núm. 79/2017, de 22 junio, del Tribunal Constitucional, no afecta a la validez de la letra a) del segundo apartado del art. 18 de la LGUM, en el que se dispone: «Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular:

- 1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.
- 2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.
- 3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.
- 4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.
- 5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente».

Atendiendo a lo anterior, estamos ya en condiciones de concluir que el comentado fallo del Tribunal Constitucional no soluciona todas las controversias que plantean algunas disposiciones del régimen jurídico del concierto social. Puesto que no se ha llegado a la conclusión de que la letra a) del segundo apartado del art. 18 de la LGUM no es conforme con la Constitución, cualquier medida tendente a apoyar una mayor participación de las organizaciones de iniciativa social o consistente en prestar los servicios sociales desde la proximidad deberá sopesar lo prescrito en este apartado del precepto.

6 Bibliografía

ALMEIDA CERREDA, Marcos. «El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales». *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 22, (2015).

ALONSO SECO, José María. «Las nuevas leyes autonómicas de servicios sociales: hacia un reconocimiento progresivo de los servicios sociales como derechos subjetivos». *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 45, (2017).

ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia. «Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local». *Revista de Administración Pública*, nº 194, (2014).

BAÑO LEÓN, José María. «La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público». *Revista de Administración pública*, nº 200, (2016).

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. *El régimen jurídico de la acción social*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1992.

EZQUERRA HUERVA, Antonio. «Los servicios sociales a la luz de la Ley de garantía de la unidad de mercado». *El nuevo marco jurídico de la unidad del mercado. Comentario a la Ley de garantía de unidad de mercado*. Madrid: La Ley.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. «Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre». *Revista española de Derecho administrativo*, nº 163, (2014).

GARRIDO JUNCAL, Andrea. «Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía». *Revista Administración & Cidadanía*, vol. 10, nº 2, (2015).

GIMENO FELIÚ, José María. «[La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales](#)». *Observatorio de Contratación Pública* [en línea], 11 de mayo 2015 [Consulta: 9 de junio 2017].

GIMENO FELIÚ, José María. «Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿una nueva oportunidad perdida?». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, (2017).

GUILLÉN CARAMÉS, Javier. «La descentralización del Derecho de la competencia en España». *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

IZQUIETA ETULIAN, José Luis. *Voluntariado y tercer sector. Cultura, participación cívica y organizaciones solidarias*. Madrid: Tecnos, 2011.

MIGUEZ MACHO, Luis. «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: Repercusiones para el Derecho español». X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado». *Revista española de Derecho administrativo*, nº 163, (2014).

PADRÓS I REIG, Carlos; MACÍAS CASTAÑO, José María. «Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado». *Revista de Administración pública*, nº 194, (2014).

PÉREZ DELGADO, Manuel; RODRÍGUEZ PÉREZ, Rosario P. «Validez del criterio arraigo territorial como condición de ejecución». *Contratación Administrativa Práctica*, (4 de agosto de 2014).

REBOLLO PUIG, Manuel. «La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado». *Revista española de Derecho administrativo*, nº 163, (2014).

TEJEDOR BIELSA, Julio. «[Entidades sin ánimo de lucro, contratos “in house” y reserva legal de contratos](#)». *Observatorio de Contratación Pública* [en línea], 26 de enero 2015 [Consulta: 9 de junio 2017].

URRUTIA LIBARONA, Iñigo. «La configuración legal de la unidad de mercado y Estado autonómico». *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 175, (2016).

Vaquer Caballería, Marcos. «Las relaciones entre Administración pública y tercer sector, a propósito de la asistencia social en Italia». *Revista de Administración Pública*, nº 152, (mayo-agosto 2000).